

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Note d'observations sous Cour constitutionnelle, 21 avril 2022. L'audition de l'enfant lors des contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et (demi-)soeurs

Mallien, Michael

Published in:
Forum de droit familial

Publication date:
2022

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mallien, M 2022, 'Note d'observations sous Cour constitutionnelle, 21 avril 2022. L'audition de l'enfant lors des contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et (demi-)soeurs: un recentrage sur ses droits ?', *Forum de droit familial*, numéro 2, pp. 77-82.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

au montant nominal majoré d'un intérêt (méthode « monétaire »), mais cela dépendra du type d'investissement financé. Un investissement dans le prix d'acquisition d'un bien immobilier générera plus fréquemment une plus-value qui permettra une valorisation de la créance de l'appauvri au montant nominal majoré d'un taux d'intérêt depuis le décaissement, montant qui sera constitué de la plus petite des deux sommes puisque l'enrichissement sera égal à la plus-value immobilière. Par contre, en présence d'un financement de travaux de *rénovation* ou d'un bien sujet à *obsolescence* (p. ex. une voiture), la créance de l'appauvri sera le plus souvent²⁷ égale à l'enrichissement constitué uniquement du profit subsistant et souvent inférieure à la valeur nominale investie. La difficulté sera de déterminer ce profit subsistant, ce qui nécessitera parfois de passer par une expertise.

Nous croyons que la Cour a avant tout voulu mettre un frein aux valorisations trop généreuses encouragées par le cas de figure ayant donné lieu à son arrêt de 2012, assez similaire à celui de la présente affaire (valorisation d'une créance pour travaux proportionnellement à la plus-value prise par l'immeuble). Elle a probablement aussi voulu mettre fin à un trop fort rapprochement avec les époux communs en biens (art. 1435 anc. C. civ.). Si l'arrêt commenté doit être salué en ce qu'il participe à la construction du droit jurisprudentiel en matière de créances entre époux séparés de biens et partenaires affectifs, il n'apporte néanmoins pas tous les éclaircissements attendus sur le régime de valorisation des créances d'enrichissement sans cause.

COUR CONSTITUTIONNELLE, 21 AVRIL 2022

Contentieux d'hébergement – Droit de l'enfant d'être entendu audition des (demi-)frères et (demi-)sœurs

Les articles 12.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (« CIDE ») et 22bis de la Constitution impliquent que l'enfant a le droit d'être entendu dans les litiges qui concernent l'hébergement de ses demi-frères et demi-sœurs. Il ressort en effet de la reconnaissance d'un droit aux relations personnelles et du droit de ne pas être séparés, prévus depuis la loi du 20 mai 2021, respectivement par les articles 375bis et 387sexiesdecies de l'ancien Code civil, que l'hébergement d'un des enfants concerne l'ensemble des (demi-)frères et (demi-)sœurs. Toutefois, l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire peut également être interprété dans le même sens que les articles 12.1 de la CIDE et 22bis de la Constitution.

Cour constitutionnelle, 21 avril 2022

Siég. : L. Lavrysen et P. Nihoul (prés.), J.-P. Moerman, J. Moerman, Y. Kherbache, E. Bribosia (juges) et R. Leysen (juge ém.)
Arrêt n° 58/2022
Rôle n° 7618

[...]

I. Objet de la question préjudicielle et procédure

Par arrêt du 15 juillet 2021, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 23 juillet 2021, la Cour d'appel de Gand a posé la question préjudicielle suivante :

« Dans quelle mesure l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire viole-t-il l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant et l'article 22bis de la Constitution, en ce que :

- le droit commun du mineur d'être entendu, conformément à l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire, n'est pas applicable dans toutes les procédures qui concernent le mineur, bien que la Convention relative aux droits de l'enfant et la Constitution l'exigent ;
- ce champ d'application est par conséquent trop limité et n'est conforme ni à l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, ni à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ni à l'article 22bis de la Constitution si la Cour d'appel devait juger que les enfants Do.B. et Da.B. n'ont pas d'intérêt à être entendus en ce qui concerne le régime d'hébergement de D.N., au motif que celle-ci n'est que leur demi-sœur ? »

[...]

II. Les faits et la procédure antérieure

C.A. et J.N., qui ont eu une relation dans le passé, sont les parents légaux de l'enfant mineur D.N. C.A. a également deux enfants mineurs issus d'une relation antérieure, à savoir Do.B. et Da.B., qui résident à titre principal chez C.A. et le samedi chez leur père. Par jugement interlocutoire du 17 octobre 2019, le Tribunal de première instance de Flandre orientale, division de Termonde, statue à titre provisoire sur un régime d'hébergement pour D.N. et juge que Do.B. et Da.B. ne peuvent invoquer l'article 1004/1 du Code judiciaire pour être entendus au sujet de ce régime. Le Tribunal confirme le régime d'hébergement provisoire qui avait déjà été établi pour D.N., selon lequel l'enfant réside à titre principal chez C.A. et un week-end sur deux chez J.N.

C.A. interjette appel du jugement interlocutoire précité auprès de la Cour d'appel de Gand et fait notamment valoir que l'article 1004/1 du Code judiciaire viole l'article 22bis de la Constitution et l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, en ce que cette disposition s'oppose à ce que les demi-sœurs de D.N. soient entendues. La Cour d'appel constate que l'article 375bis, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil, tel qu'il a été modifié par l'article 3 de la loi du 20 mai 2021 « modifiant l'ancien Code civil en ce qui concerne les liens personnels entre frères et sœurs » (ci-après : la loi du 20 mai 2021), dispose que tous les frères et sœurs ont, à tout âge, le droit d'entretenir des relations personnelles entre eux. La Cour d'appel estime ensuite qu'il y a lieu de poser à la Cour la question préjudicielle reproduite plus haut.

27. Certains travaux de rénovation pourraient en effet générer une plus-value supérieure au montant nominal investi (p. ex. : travaux d'agrandissement).



III. En droit

[...]

– B –

[...]

B.4. Le Conseil des ministres fait valoir que la question préjudicielle est irrecevable, en ce qu'il est demandé à la Cour de contrôler la disposition en cause directement au regard de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant et au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

B.5.1. En vertu de l'article 142, alinéa 2, de la Constitution et de l'article 26, § 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, la Cour est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur les questions relatives à la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'autorité fédérale, des communautés et des régions, des articles du titre II (« Des Belges et de leurs droits ») et des articles 143, § 1^{er}, 170, 172 et 191 de la Constitution.

B.5.2. La Cour n'est donc pas compétente pour contrôler des normes législatives directement au regard de la disposition conventionnelle mentionnée en B.3.2.

Toutefois, lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à celle d'une des dispositions constitutionnelles dont le contrôle relève de la compétence de la Cour et dont la violation est alléguée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles concernées.

Il s'ensuit que, dans le contrôle qu'elle exerce au regard de la disposition constitutionnelle mentionnée en B.3.1, la Cour tient compte des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues.

B.5.3. En ce que l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant confère aux enfants le droit d'exprimer leur propre opinion sur toute question les intéressant, cette disposition a une portée analogue à celle de l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution, dont le contrôle relève de la compétence de la Cour. La Cour tient dès lors compte de cette disposition conventionnelle mentionnée dans la question préjudicielle.

B.5.4. Bien que, dans le cadre de son contrôle de normes législatives au regard des dispositions constitutionnelles dont le contrôle relève de sa compétence, la Cour tienne compte de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme, elle n'est pas compétente pour contrôler de manière générale des dispositions législatives au regard d'une jurisprudence. En ce qu'il est en l'espèce demandé à la Cour de contrôler la disposition en cause au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la question préjudicielle est irrecevable.

B.6. Le Conseil des ministres fait également valoir que la question préjudicielle est irrecevable en ce qu'il est demandé à la Cour d'examiner si la disposition en cause est compatible avec les normes de référence mentionnées dans cette question, dès lors que cette disposition, eu égard au fait que son champ d'application est limité aux procédures relatives « à l'exercice de l'autorité parentale, à l'hébergement ainsi qu'au droit aux relations personnelles », n'est pas applicable dans toutes les procédures qui concernent les enfants mineurs. Il fait valoir à cet égard que la réponse à cet aspect de la question préjudicielle n'est manifestement pas utile à la solution du litige pendant devant la juridiction *a quo*.

B.7.1. C'est en règle à la juridiction *a quo* qu'il appartient d'apprécier si la réponse à la question préjudicielle est utile à la solution du litige. Ce n'est que lorsque tel n'est manifestement pas le cas que la Cour peut décider que la question n'appelle pas de réponse.

B.7.2. Il ressort des faits de l'affaire pendante devant la juridiction *a quo* et de la motivation de la décision de renvoi que la contestation relative à l'application de la disposition en cause dans cette affaire porte sur le point de savoir si, dans le cadre d'un litige relatif à l'hébergement d'un enfant mineur, le droit d'être entendu appartient exclusivement à l'enfant mineur pour lequel un hébergement doit être réglé ou si ce droit appartient également à ses demi-sœurs mineures avec lesquelles il réside à titre principal, conformément à des modalités d'hébergement fixées à titre provisoire.

Étant donné que l'affaire pendante devant la juridiction *a quo* porte sur un régime d'hébergement applicable à un enfant mineur, il n'est, comme le fait valoir le Conseil des ministres, manifestement pas utile à la solution du litige pendant devant la juridiction *a quo* d'examiner si la disposition en cause est compatible avec les normes de référence mentionnées dans la question préjudicielle, en ce que le droit d'être entendu, visé dans cette disposition, n'est pas applicable dans des matières autres que celles qui concernent l'exercice de l'autorité parentale, le régime d'hébergement et le droit aux relations personnelles.

B.7.3. La Cour examine donc la compatibilité de la disposition en cause avec les normes de référence mentionnées dans la question préjudicielle dans la seule mesure où un enfant mineur n'a pas le droit d'être entendu dans un litige qui oppose les parents de sa demi-sœur ou de son demi-frère au sujet de l'hébergement de cette demi-sœur ou de ce demi-frère.

B.8. Selon la disposition en cause, tout enfant mineur a le droit d'être entendu par un juge dans les matières qui l'intéressent en ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale, le régime d'hébergement et le droit aux relations personnelles. La juridiction *a quo* interprète cette disposition en ce sens que le droit d'être entendu dans une procédure judiciaire s'applique uniquement à l'enfant mineur visé par cette procédure. Cette interprétation a pour corollaire que, lorsque la procédure judiciaire concerne un régime d'hébergement applicable à un enfant mineur, seul cet enfant mineur, à l'exclusion donc de ses demi-sœurs ou demi-frères mineurs, a le droit d'être entendu.

B.9. Selon l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution, tout enfant a le droit de s'exprimer « sur toute question qui le concerne ». Selon l'article 12, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant, les États parties à cette Convention garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion « sur toute question l'intéressant ». Selon le paragraphe 2 de cette disposition, l'enfant doit avoir l'occasion d'être entendu « dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant ».

B.10. Selon l'article 375bis de l'ancien Code civil, tel qu'il a été modifié par l'article 3 de la loi du 20 mai 2021 « modifiant l'ancien Code civil, en ce qui concerne les liens personnels entre frères et sœurs » (ci-après : la loi du 20 mai 2021), « tous les frères et sœurs » ont, à tout âge, le droit d'entretenir des relations personnelles entre eux et, à défaut d'une convention entre les parties, le tribunal de la famille statue sur l'exercice de ce droit dans l'intérêt de l'enfant, à la demande des parties ou du procureur du Roi. Les travaux préparatoires de la loi du 20 mai 2021 font apparaître que, par le mot « tous », le législateur a voulu préciser que ce droit appartient aussi, entre autres, aux demi-sœurs et aux demi-frères (*Doc. parl.*, Chambre, 2021-2022, DOC 55-0780/009, p. 4, et DOC 55-0780/10, p. 8). Selon l'article 387septiesdecies de l'ancien Code civil, tel qu'il a été inséré par l'article 7 de la loi du 20 mai 2021, les frères et sœurs mineurs ont le droit de ne pas être séparés, ce droit doit être apprécié dans l'intérêt de chaque enfant, et les parents, les parents d'accueil, le tribunal et l'autorité compétente à cet effet, si l'intérêt d'un enfant exige que ce droit ne soit pas exercé, s'efforceront de maintenir les contacts personnels entre cet enfant et chacun de ses frères et sœurs, à moins que cela soit également contraire à l'intérêt de cet enfant. Selon l'article 387sexiesdecies de l'ancien Code civil, tel qu'il a été inséré par l'article 6 de la loi du 20 mai 2021, les enfants qui ont été éduqués ensemble dans une même famille et qui ont développé un lien affectif particulier entre eux sont, notamment pour l'application de l'article 387septiesdecies, assimilés à des frères et sœurs.

B.11.1. Lorsqu'un juge doit se prononcer sur un régime d'hébergement applicable à un enfant mineur, sa décision peut directement affecter les droits de ses demi-sœurs et demi-frères qui sont garantis par les articles 375bis et 387septiesdecies de l'ancien Code civil. Dans son appréciation des modalités d'hébergement les plus appropriées, le juge doit donc tenir compte de ces droits.

B.11.2. Il s'ensuit que le juge, en pareilles circonstances, statue dans une matière qui concerne non seulement l'enfant mineur concerné au sens de l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution, mais également ses demi-sœurs et demi-frères mineurs.

B.12. Dans l'interprétation selon laquelle le droit d'être entendu dans une procédure judiciaire en ce qui concerne l'établissement d'un régime d'hébergement applicable à un enfant mineur est refusé à ses demi-sœurs et demi-frères mineurs, la disposition

en cause n'est pas compatible avec l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

B.13.1. Toutefois, la disposition en cause peut recevoir une autre interprétation. Selon cette disposition, chaque enfant mineur a le droit d'être entendu « dans les matières qui le concernent », en ce qui concerne, entre autres, « l'hébergement ainsi [que le] droit aux relations personnelles ». Étant donné qu'une décision de justice concernant l'hébergement d'un enfant mineur peut affecter les droits de ses demi-sœurs et demi-frères mineurs qui sont garantis par les articles 375bis et 387septiesdecies de l'ancien Code civil, une telle décision peut être considérée comme étant prise dans une matière qui concerne ces derniers. Dans cette interprétation, le droit d'être entendu dans une procédure judiciaire concernant la fixation de modalités d'hébergement d'un enfant mineur appartient non seulement à cet enfant mineur, mais également à ses demi-sœurs et demi-frères mineurs.

B.13.2. Dans l'interprétation selon laquelle le droit d'être entendu dans une procédure judiciaire concernant l'établissement des modalités d'hébergement d'un enfant mineur appartient non seulement à l'enfant mineur concerné mais également à

ses demi-sœurs et demi-frères mineurs, la disposition en cause est compatible avec l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Par ces motifs, la Cour dit pour droit :

- L'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire viole l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, dans l'interprétation selon laquelle le droit d'être entendu dans une procédure judiciaire concernant la fixation de modalités d'hébergement d'un enfant mineur est refusé aux demi-sœurs et demi-frères mineurs de cet enfant mineur.
- La même disposition ne viole pas l'article 22bis, alinéa 2, de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, dans l'interprétation selon laquelle le droit d'être entendu dans une procédure judiciaire concernant la fixation de modalités d'hébergement d'un enfant mineur appartient également aux demi-sœurs et demi-frères mineurs de cet enfant mineur.

Note d'observations

L'AUDITION DE L'ENFANT LORS DES CONTENTIEUX RELATIFS À L'HÉBERGEMENT DE SES (DEMI-)FRÈRES ET (DEMI-)SŒURS : UN RECENTRAGE SUR SES DROITS ?

Michaël Mallien

CHARGÉ DE COURS INVITÉ À L'UNAMUR
MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'ULB
PROFESSEUR À L'EPHEC
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

I. UN PROLONGEMENT CONSTITUTIONNEL ET PROCÉDURAL DES DROITS RECONNUS PAR LA LOI DU 20 MAI 2021

En l'espèce, la Cour constitutionnelle s'est vu poser le 15 juillet 2021 une question préjudicielle par la cour d'appel de Gand tendant à savoir si l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire viole les articles 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (ci-après, « CIDE ») et 22bis de la Constitution en ce qu'il ne permettrait pas à deux demi-sœurs d'être entendues dans le contentieux d'hébergement relatif à leur demi-frère.

Comme la Cour constitutionnelle le suggère dans l'arrêt commenté¹, la réponse à la question posée dépend en tout point du sens donné aux termes « concerne » ou « l'intéressant », repris respectivement aux articles 12.1 de la CIDE et 22bis de la Constitution². Or, aucune de ces dispositions – pas plus d'ailleurs que l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire dont la conformité était examinée – ne fournit la moindre définition de ces verbes. La jurisprudence de la Cour européenne, à laquelle la question préjudicielle se réfère également (mais de manière laconique

sans préciser les arrêts concernés), ne se révèle guère d'un grand secours³ dans la mesure où ladite Cour n'a jamais eu à se prononcer sur le droit éventuel d'un enfant d'être entendu à propos de l'hébergement de son (demi-)frère ou de sa (demi-)sœur⁴.

C'est, par contre, de la reconnaissance aux frères et sœurs du droit aux relations personnelles et de celui de ne pas être séparés, désormais prévus respectivement par les articles 375bis et 387septiesdecies de l'ancien Code civil, que la Cour constitutionnelle déduit que les modalités d'hébergement d'un des enfants concernent l'ensemble de la fratrie – y compris utérine, comme en l'espèce – entraînant ainsi le droit de chacun de ses membres d'être entendu en vertu des articles 12.1 de la CIDE et 22bis de la Constitution. Restait donc à savoir si l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire y était conforme, ce que la Cour considère être le cas à condition d'interpréter cette disposition dans un sens identique à celui desdites normes internationale et constitutionnelle. Une telle lecture de l'article 1004/1, § 1^{er}, s'avère non seulement opportune dans une perspective systémique, privilégiant l'interprétation conforme à la disposition hiérarchiquement supérieure, mais se révèle

1. Voy. point B.9 de l'arrêt commenté.

2. La traduction française de l'article 12.1 de la CIDE préfère le terme « l'intéressant », ce qui doit être considéré comme un synonyme du verbe « concerner ».

3. La Cour européenne des droits de l'homme, bien qu'elle se soit prononcée régulièrement sur le droit à la non-séparation des fratries, y compris utérines – voy. à ce sujet notre contribution au numéro précédent de la présente revue, pp. 3 et 4 (*For. fam.*, 2022/1) –, n'a jamais été saisie de la question du droit de l'enfant d'être entendu dans les contentieux relatifs à l'hébergement de ses (demi-)frères et sœurs.

4. Notons d'ailleurs que la Cour rappelle qu'elle n'a pas à vérifier le respect *in se* de la conformité de la loi à la jurisprudence strasbourgeoise, même si celle-ci peut lui servir de directive d'interprétation des dispositions constitutionnelles en cause ; voy. point B.5.4 de l'arrêt commenté.



aussi la plus fidèle au libellé même du texte incriminé qui – malgré sa portée limitée aux contentieux d'autorité parentale et d'hébergement – se trouve proche de celui des articles 12.1 de la CIDE et 22*bis* de la Constitution (dont le législateur s'est d'ailleurs inspiré lors de son adoption par la loi du 30 juillet 2013), notamment par la reprise du même verbe « concernent ».

Le premier enseignement – et, d'une certaine manière, le plus fondamental – à retenir de cet arrêt est que le droit des frères et sœurs de ne pas être séparés et de maintenir des relations personnelles implique aussi une extension de celui d'être entendu. La loi du 20 mai 2021 opère donc bien une (discrète) révolution copernicienne⁵ par un changement de paradigme en plaçant non plus les prérogatives parentales au centre du régime de l'autorité parentale et de l'hébergement, mais certains droits de l'enfant. Ceux-ci revêtent ainsi désormais, à la suite de l'arrêt commenté, une dimension procédurale, certes loin en deçà de la capacité partielle d'ester en justice qui lui avait été déniée *in fine* par le législateur de 2021 après avoir été envisagée par la proposition de loi⁶.

Ce prolongement procédural paraît d'ailleurs concerner plus largement les frères et sœurs que ce qui est prévu par ladite loi. En effet, là où le système nouveau, mis en place par le législateur de 2021, concerne uniquement l'hébergement et aucunement les décisions relevant de l'autorité parentale, telles que, par exemple un choix d'école⁷, celles-ci sont clairement incluses dans le champ d'application de l'article 1004/1 du Code judiciaire. Or, si le raisonnement de la Cour constitutionnelle se construit au départ des droits nouveaux reconnus par la loi du 20 mai 2021, rien ne permet d'en conclure que l'interprétation qu'elle propose dudit article 1004/1, § 1^{er}, se limiterait aux contentieux d'hébergement et qu'il y aurait lieu de procéder à une lecture différenciée de cette disposition⁸ selon qu'il s'agit de l'hébergement ou de l'autorité parentale. Par conséquent, tout porte à considérer que les frères et sœurs, s'ils n'ont pas forcément le droit de, par exemple, fréquenter une même école, se voient néanmoins reconnaître celui d'être entendus par le juge lors de tout contentieux relatif au choix scolaire de l'un d'entre eux.

II. DIFFICULTÉS ET PRÉCISIONS QUANT À LA PORTÉE DE L'ARRÊT COMMENTÉ

A. Quels « frères et sœurs » ont le droit d'être entendus par le juge ?

1. Les frères et sœurs « assimilés »

La Cour constitutionnelle se fonde expressément sur les travaux préparatoires de la loi du 20 mai 2021, desquels il ressort que les droits reconnus aux membres de la fratrie le sont également aux demi-frères et demi-sœurs⁹. Elle s'appuie cependant aussi sur l'article 387*sexiesdecies* de l'ancien Code civil¹⁰, qui assimile expressément aux frères et sœurs, pour l'application des dispositions reprises au Titre IX de l'ancien Code civil, tous les enfants qui ont grandi ensemble dans une même famille et qui partagent un lien d'affection¹¹. Or, la Cour se réfère tant aux droits garantis par les articles 375*bis* et 387*septiesdecies* du même Code – qui tous deux font partie du Titre IX –, qu'à la définition donnée par l'article 387*sexiesdecies* lui-même. Il ne fait donc aucun doute que les enseignements de l'arrêt commenté s'étendent également auxdits enfants, assimilés aux frères et sœurs, même s'ils ne partagent aucun lien de filiation.

Les frères et sœurs « assimilés » ont donc, eux aussi, le droit d'être entendus par le juge lors des contentieux relatifs à l'hébergement des enfants avec lesquels ils ont vécu au sein d'un même foyer s'ils leur sont liés affectivement. Ceci ne manquera pas d'impacter le déroulement des instances où ces enfants devront être entendus, et ce, tant lorsqu'une demande est formulée en ce sens que pour l'invitation adressée conformément à l'article 1004/2 du Code judiciaire¹² à tout mineur de 12 ans (et plus) concerné par le litige. Tout d'abord, lorsqu'une demande est formulée par l'une des parties, par le procureur du Roi ou par l'enfant lui-même en vertu de l'article 1004/1, § 2, du Code judiciaire, le juge aura à se prononcer quant à l'existence effective d'un lien d'affection et quant à la réalité du vécu ensemble au sein d'une même famille. Ce point devra faire l'objet d'un débat contradictoire entre les parties à la cause, à savoir les parents de l'enfant dont l'hébergement est en question. Il y aura lieu d'espérer que ce débat supplémentaire ne mettra pas en péril la célérité requise pour ce type de contentieux – réputés urgents par l'article 1253*ter*/4, § 2, du Code judiciaire – et qu'il n'offrira pas, à certains plaideurs peu scrupuleux, quelque opportunité de manœuvres dilatoires.

Se pose ensuite – en amont – la difficulté de la convocation de l'enfant qui, pour rappel, n'est pas celui dont l'hébergement est en cause et qui ne partage, le cas échéant, aucun parent commun avec celui-ci. Or, l'article 1004/2, alinéa 4, prévoit que l'invitation de l'enfant de 12 ans et

5. Voy. notre contribution dans le précédent numéro de la présente revue, p. 16 (*For. fam.*, 2022/1).

6. Voy. proposition de loi déposée à la Chambre par Sophie Rohonyi et François De Smet, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0780/001, art. 6 et notre contribution précitée, p. 6.

7. *Ibid.*, p. 11.

8. « Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus ».

9. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-0780/009, p. 4, et n° 55-0780/10, p. 8, ainsi que le point B.10, premier alinéa, de l'arrêt commenté.

10. Point B.10, deuxième alinéa, de l'arrêt commenté.

11. Concernant ces conditions, voy. notre contribution dans le précédent numéro de la présente revue, pp. 9 et 10 (*For. fam.*, 2022/1).

12. En effet, l'extension aux frères et sœurs, tels que définis par l'article 387*sexiesdecies* de l'ancien Code civil, du champ d'application de l'article 1004/1, § 1^{er}, du Code judiciaire, implique nécessairement qu'il en va de même pour l'ensemble des paragraphes suivants, ainsi que pour l'article 1004/2, qui n'en sont que la mise en œuvre.

plus doit être envoyée à l'adresse de ses deux parents, ce qui est évidemment chose relativement aisée lorsqu'il s'agit des parties à la cause, mais qui risque de l'être moins dans le cas contraire (surtout si le nom exact d'un des parents n'est pas connu avec certitude par les parties, ou si celui-ci réside à l'étranger). Ici également, s'il apparaissait le moindre doute sur l'identité des enfants concernés (alors que celle-ci ne pose évidemment aucune difficulté lorsqu'il s'agit d'inviter seulement l'enfant « directement » concerné par le litige), voire à propos de l'existence d'un lien d'affection et/ou d'un vécu commun en famille, un débat contradictoire – potentiellement chronophage dans un contexte rendant la perte de temps rarement souhaitable – devra prendre place sur la nécessité de lui envoyer l'invitation à être entendu. De même y a-t-il lieu de se demander dans quelle mesure le texte de cette invitation, tel qu'actuellement prévu par l'arrêté royal du 28 avril 2017 et qui fait notamment référence aux « parents » de l'enfant, reste adapté à cette situation.

En aval, se pose la question de la légalité des décisions où un des frères et sœurs utérins, consanguins ou assimilés serait « passé sous le radar » et n'aurait pas été invité ou entendu. Il est également permis de se demander si les parents peuvent s'opposer, en vertu de leur autorité parentale, à ce que leur enfant soit entendu dans une cause où seul l'un d'entre eux est partie, voire où aucun d'entre eux ne l'est. Nous pensons devoir répondre résolument par la négative à cette dernière interrogation, dans la mesure où il s'agit d'un droit qui est constitutionnellement garanti à l'enfant qui, quelle que soit la personne qui sollicite l'audition, garde toujours le droit de l'accepter ou de la refuser¹³.

2. Les frères et sœurs majeurs

La question du droit du frère ou de la sœur, qui aurait atteint la majorité, d'être entendu, se révèle particulièrement délicate. En effet, la CIDE s'applique expressément aux enfants âgés de moins de 18 ans¹⁴, de même que l'article 22bis de la Constitution qui en est inspiré¹⁵. Il en va de même pour l'article 1004/1 du Code judiciaire qui, jusqu'à l'arrêt commenté, était censé concerner uniquement l'enfant – par hypothèse mineur – « directement » concerné par le contentieux d'hébergement.

Se pose donc la question de savoir si ledit article 1004/1, en ce qu'il ne permet plus aux frères et sœurs (et assi-

milés), une fois qu'ils ont atteint l'âge de 18 ans, d'être entendus lors des contentieux d'hébergement relatifs à leurs cadets, se révèle discriminatoire. Certes, l'aîné devenu majeur dispose toujours du droit prévu par l'article 375bis de l'ancien Code civil et se trouve même, grâce à sa majorité, en mesure de saisir les juridictions familiales pour le revendiquer. Toutefois, l'obtention judiciaire de relations personnelles diffère, quant à son essence, de l'expression d'une opinion lors d'un contentieux d'hébergement de son cadet. Or, rien ne permet de penser que les conséquences d'une décision en cette matière relative à un puîné « concerneraient » moins ses frères et sœurs majeurs que s'ils étaient mineurs. Dans cette optique, il nous semblerait cohérent, *de lege ferenda*, d'étendre au frère et à la sœur majeurs le droit d'être entendus dans les causes relatives à leurs cadets.

B. La prise en considération de l'opinion de l'enfant entendu

L'article 12 de la CIDE prévoit que « les opinions de l'enfant [sont] dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité eu égard à son âge », alors que l'article 22bis de la Constitution précise lui aussi que ladite « opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement ». De même, il ressort de l'article 1004/1, § 6, alinéa 2, du Code judiciaire que « les opinions du mineur sont prises en considération compte tenu de son âge et de son degré de maturité »¹⁶. Se pose donc la question de savoir si l'opinion exprimée par l'enfant lors de son audition à propos de l'hébergement du (demi-)frère ou de la (demi-)sœur (ou assimilés) doit être prise en considération par le juge à la suite de l'arrêt commenté, qui reste muet sur ce point¹⁷.

Une réponse affirmative semble s'imposer puisque les dispositions précitées constituent chacune un ensemble indissociable. Ainsi, l'opinion « prise en considération » est celle exprimée par l'enfant en vertu des mêmes articles 12 de la CIDE, 22bis de la Constitution et 1004/1 du Code judiciaire. L'enfant qui a le droit d'être entendu a donc également celui de voir son opinion être prise en considération. Ainsi en est-il donc de ceux qui sont entendus, conformément à l'arrêt commenté, dans le cadre des contentieux judiciaires relatifs à l'hébergement de leurs frères et sœurs tels que définis par l'article 387sexiesdecies de l'ancien Code civil. Le juge se doit donc de *tenir compte*, dans la mesure du possible, du souhait d'un enfant, doté d'une faculté suffisante de discernement et lié

13. Art. 1004/1, § 1^{er}, al. 2, C. jud. ; voy. également G. HIERNAUX, « La parole de l'enfant. Quelques réflexions à sur l'article 1004/1et 2 du Code judiciaire », in N. DANDOY, J. SOSSON, F. TAINMONT et G. WILLEMS (coord.), *Individu, Famille, État : réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine. Hommage au Professeur Jean-Louis Renchon*, t. II, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 235, point 7.3. À propos de la manière de recueillir la parole de l'enfant en vue de sa prise en considération, voy. J. MARQUET et L. MERLA, « L'intérêt de l'enfant en pratique. Quelle place pour la parole de l'enfant dans les affaires familiales ? », paru dans le même ouvrage, t. I, pp. 1071 à 1074.
14. Art. 1^{er} de la CIDE : « Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable. » *Adde* : Observation générale n° 14 du 29 mai 2013 du Comité ONU des droits de l'enfant, n° 21.
15. Voy. notamment les interventions de Bruno Tobback (sp. a – VI. Pro) et Servais Verherstraeten (CD&V – N-VA) lors des débats parlementaires qui ont précédé la révision constitutionnelle du 22 décembre 2008 qui a vu l'intégration de certains droits de l'enfant dans la Constitution, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 52-0175/005, p. 6. Dans le même sens, voy. C. DE BOE, « La place de l'enfant dans le procès civil », *J.T.* 2009, p. 498, n° 41 ; A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1614-1615 ; J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, Note relative au projet de modification de l'article 22bis de la Constitution relative aux droits de l'enfant, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 52-0175/005, annexe II, pp. 29 à 32, spéc. p. 30 ; M. VERHAEGEN, « L'intégration des droits de l'enfant dans la Constitution : un progrès ? », *J.D.J.*, 2010, pp. 18-19.
16. En ce qui concerne la teneur exacte de cette prise en considération, voy. M. MALLIEN, « L'autorité parentale, l'hébergement et la prise en considération de l'opinion de l'enfant par le juge : les apports des droits fondamentaux et la pratique des juridictions familiales », in J.-Y. HAYEZ, M. MALLIEN, S. VAN TRIMPONT et M. ZIANT-DUFRASNE, *Hébergement de l'enfant : réflexions pluridisciplinaires*, Actes du colloque du 21 mars 2019 organisé par la Commission famille du barreau de Mons, Limal, Anthemis, 2020, pp. 28 et s. et M. MALLIEN, « Autorité parentale », in N. DANDOY et G. WILLEMS (dir.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, coll. Grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 442 et s.
17. Puisque la Cour n'était pas saisie de cette question.



affectivement à celui « directement » concerné par le litige judiciaire avec qui il a vécu au sein d'une même famille, de voir la mise en place des modalités d'hébergement leur permettant de passer certaines périodes ensemble. Bien entendu, la prise en considération de cette opinion devra s'articuler avec l'appréciation par le juge de l'intérêt de l'enfant « directement » concerné, avec les souhaits exprimés par celui-ci – qui ne sont pas forcément les mêmes que ceux de son frère ou de sa sœur¹⁸ – et bien sûr avec le droit reconnu par les articles 7.1, 9.3, 10.2 et 18.1 de la CIDE à l'enfant d'être éduqué par ses deux parents (et donc de passer du temps avec chacun d'entre eux)¹⁹.

Cet enseignement découlant implicitement – mais certainement – de l'arrêt concerné, semble faire un certain contrepoids au report *sine die* (et, pour certains, aux calendes grecques) de la question de la capacité du mineur d'ester en justice afin de faire valoir ses droits concernant ses frères et sœurs²⁰ et à la dénégation expresse et récente de ce droit par la Cour de cassation²¹. Certes, l'objet du droit d'être entendu par le juge et de voir son opinion être prise en considération, et celui d'un potentiel droit d'ester en justice, sont fondamentalement différents et ne peuvent être confondus d'aucune manière. Il en résulte, néanmoins, une certaine participation active des enfants au processus décisionnel relatif à l'hébergement de leurs frères et sœurs.

CONCLUSION

L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 21 avril 2022 démontre, encore une fois, le changement de paradigme qui caractérise les contentieux d'hébergement. Certes encore considérés par la doctrine, notamment sur le plan procédural, comme des litiges civils entre les parents²², ils se conçoivent de moins en moins comme étant l'apanage des parents, fondateurs de l'ancienne famille nucléaire, certes désormais désunie, mais qui restait seule concernée par l'instance judiciaire. Il paraît ainsi de plus en plus difficile d'analyser ces contentieux uniquement comme la mise en œuvre d'une action judiciaire émanant d'un parent contre l'autre parent.

Au contraire, de plus en plus centré sur l'enfant et de moins en moins cantonné à l'ancienne famille nucléaire formée par les parents et la fratrie germaine, le contentieux familial se révèle davantage comme une instance *sui generis*. Ce constat interdit de se dispenser d'une réflexion approfondie sur la teneur de la mission du juge et sur la mise en œuvre des principes essentiels régissant la procédure civile, et permet en même temps de se réjouir d'une certaine prise de conscience de la mission que l'humanité s'est auto-assignée de « donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur »²³.

18. Au sujet de l'articulation des volontés – parfois antagonistes – des frères et sœurs, voy. notre contribution au numéro précédent de la présente revue, p. 13 (*For. fam.*, 2022/1). Il semble toutefois évident, en l'espèce, que la volonté de l'enfant directement concerné par le contentieux d'hébergement se révèle davantage déterminante puisque l'incidence de la décision sur sa vie quotidienne est par hypothèse plus grande.

19. *Ibid.*, p. 14.

20. *Ibid.*, p. 6.

21. Cass. 10 février 2020, *Act. dr. fam.*, 2021, n° 1, p. 12, note M. COUNE. Pour une analyse de cet arrêt, voy. P. SENAËVE, « Aangaande de vrijwillige tussenkomst van de minderjarige in zaken van verblijfsregeling en aangaande de bijstand door een advocaat bij het horen », *T. Fam.*, 2020, n° 7, p. 199, spéc. n°s 19 et 20, ainsi que M. MALLIEN, « L'intérêt de l'enfant lors des litiges parentaux en matière d'hébergement et d'éducation : la question des autonomies à travers trois hot topics », *Act. dr. fam.*, 2021, n°s 3-4, pp. 202-205.

22. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le contentieux familial, ce contentieux si commun », in N. DANDOY, J. SOSSON, F. TAINMONT et G. WILLEMS (coord.), *Individu, Famille, État : réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine. Hommage au Professeur Jean-Louis Renchon*, op. cit., t. II, pp. 11 et s.

23. Voy. préambule de la Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant du 28 février 1924.